

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1er avril 2014

Présidence de M. PERROT, juge délégué
Greffière : Mme Vuagniaux

Art. 311 al. 1 et 316 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.W.**_____, à [...], intimé, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 11 février 2014 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.W.**_____, à Payerne, requérante, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 11 février 2014, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois (ci-après : le Président du Tribunal d'arrondissement) a autorisé les époux A.W._____ et B.W._____ à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), attribué la jouissance de l'immeuble conjugal, sis [...], à A.W._____, qui en paiera toutes les charges (II), confié la garde des enfants C.W._____, né le [...] 1999, D.W._____, né le [...] 2001, E.W._____, né le [...] 2004 et F.W._____, né le [...] 2010, à leur mère B.W._____ (III), dit que A.W._____ pourra avoir ses enfants auprès de lui selon les modalités suivantes, à charge pour lui d'aller chercher les enfants là où ils se trouvent et de les ramener auprès de leur mère : C.W._____ et D.W._____ une semaine complète sur deux du vendredi 19 heures au vendredi suivant 19 heures, E.W._____ et F.W._____ une fin de semaine sur deux, lorsque C.W._____ et D.W._____ sont auprès de leur père, du vendredi 19 heures au dimanche 19 heures et l'entier de la fratrie durant la moitié des vacances scolaires ainsi que des jours fériés légaux en alternance (IV), confié au Service de protection de la jeunesse un mandat d'évaluation au sens de l'art. 20 LProMin, soit d'évaluer les conditions d'existence des enfants C.W._____, D.W._____, E.W._____ et F.W._____ auprès de leurs parents, ainsi que les capacités éducatives de ceux-ci, en vue de faire des propositions relatives aux mesures de protection au sens des art. 307 ss CC et en vue de faire des propositions relatives à l'attribution de la garde et/ou l'exercice des relations personnelles (V), astreint A.W._____ à contribuer à l'entretien des siens par le versement, dès le 1^{er} décembre 2013 et jusqu'au changement effectif du régime de garde, d'une pension mensuelle de 1'200 fr., moitié des allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.W._____ et, dès changement effectif du régime de garde, d'une pension mensuelle de 2'600 fr., allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.W._____ (VI), pris acte du fait que A.W._____ ne s'oppose pas à ce que son épouse conserve la jouissance du véhicule Opel Zafira, étant précisé qu'il appartiendra à B.W._____ de

payer les prochaines factures relatives à ce véhicule, à l'exclusion de celles qui auraient déjà été payées par l'intimé (VII), dit que l'ordonnance est rendue sans frais ni dépens (VIII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IX).

En droit, le premier juge a considéré que les parents avaient une capacité éducative égale et que la mère était plus disponible pour s'occuper des enfants, comme cela avait d'ailleurs été le cas pendant la vie commune, de sorte que la garde des quatre enfants devait être attribuée à celle-ci. Il a en outre retenu que les charges du père s'élevaient à 2'943 fr. et celles de la mère à 5'166 fr. et que le père réalisait un salaire de 5'600 fr. par mois et la mère de 1'100 fr. (soit 300 fr. de salaire et 800 fr. d'allocations familiales). Ainsi, dès que le changement de garde serait devenu effectif, A.W. _____ devait verser à son épouse son solde disponible de 2'600 fr. afin de couvrir partiellement le manco de celle-ci.

B. Par acte du 18 février 2014, A.W. _____ a fait appel de cette ordonnance en concluant implicitement à sa réforme en ce sens que la garde des enfants C.W. _____ et D.W. _____ lui est attribuée et que les modalités du droit de visite et le montant de la contribution d'entretien sont modifiés.

Dans sa réponse du 21 mars 2014, assortie d'une demande d'assistance judiciaire, B.W. _____ a conclu au rejet de l'appel.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. A.W. _____, né le [...] 1962, et B.W. _____, née [...] le [...] 1972, se sont mariés le [...] 1998 à Granges-près-Marnand. Quatre enfants sont issus de cette union : C.W. _____, né le [...] 1999, D.W. _____, né le [...] 2001, E.W. _____, né le [...] 2004 et F.W. _____, né le [...] 2010.

2. B.W._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale le 9 octobre 2013. Elle a été accueillie au Centre Malley Prairie avec ses enfants le 13 octobre 2013. Le 1^{er} décembre 2013, elle a emménagé dans un nouvel appartement à Payerne.

3. A l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 décembre 2013, le Président du Tribunal d'arrondissement a décidé qu'il entendrait les enfants C.W._____, D.W._____ et E.W._____. Les parties ont passé une convention, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures superprotectrices de l'union conjugale, prévoyant notamment que la jouissance de l'immeuble conjugal était attribuée à A.W._____, qu'à titre provisoire et jusqu'à l'audition des enfants, la garde des enfants C.W._____ et D.W._____ était confiée à leur père et la garde des enfants E.W._____ et F.W._____ à leur mère, que chaque parent bénéficierait d'un libre et large droit de visite sur les enfants dont il n'avait pas la garde, dit droit de visite étant réglé à défaut d'entente entre parties, et que A.W._____ contribuerait à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 1'200 fr., moitié des allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois dès le 1^{er} décembre 2013.

L'enfant E.W._____ a été entendu par le Président du Tribunal d'arrondissement le 22 janvier 2014. Il a exposé qu'il fréquentait depuis 2010 une école spécialisée à [...], à cause d'un trouble du langage. Il s'est dit satisfait de la situation actuelle et des relations qu'il entretenait avec ses deux parents, précisant qu'il appréciait aller chez son père, qu'il voyait un week-end sur deux.

Les enfants C.W._____ et D.W._____ n'ont pas pu être auditionnés. A.W._____ a exposé qu'il n'avait pas voulu les forcer à venir, qu'une dispute avait braqué C.W._____ et qu'il avait vainement tenté de le convaincre.

A la reprise d'audience du 28 janvier 2014, la tentative de conciliation a échoué.

4. Interpellé par le Président du Tribunal d'arrondissement, le Service de protection de la jeunesse a répondu, le 22 octobre 2013, qu'il avait ouvert un dossier pour C.W._____ suite à un signalement scolaire fait en avril 2012. L'enfant montrait non seulement d'importantes difficultés d'adaptation scolaire, mais également un comportement oppositionnel et provocateur à la maison. Avec l'accord des parents, un accueil de jour spécialisé à [...] a été mis en place en juin 2012, ayant pour objectif d'accompagner l'enfant dans une démarche de socialisation adéquate, suivi qui avait duré une année. Le Service a précisé que l'accompagnement éducatif ne s'était pas élargi aux autres enfants, mais a néanmoins observé des tensions entre les parents, dont les cadres éducatifs différaient, et demandé à ces derniers de trouver une solution afin d'épargner les enfants du conflit conjugal.

5. La situation financière des parties est la suivante :

a) B.W._____ travaille en qualité de professeur de fitness chez des privés et dans deux centres sportifs. Son salaire est de 300 fr. par mois, auquel il convient d'ajouter les 800 fr. d'allocations familiales.

S'agissant des charges, dès lors que chaque époux a les enfants C.W._____ et D.W._____ une semaine sur deux, les montants de base de 600 fr. sont divisés par moitié.

Les charges incompressibles de B.W._____ sont les suivantes :

	fr.
- base mensuelle pour un adulte monoparental	1'350
- base C.W._____ et D.W._____ (2 x 300 fr.)	600
- base E.W._____ et F.W._____ (600 fr. + 400 fr.)	1'000
- frais de logement, chauffage compris	1'860
- assurance-maladie	193

- assurance-maladie enfants	<u>163</u>
Total	5'166

Elle présente ainsi un manco de 4'066 fr. (1'100 fr. - 5'166 fr.).

b) A.W._____ est agriculteur indépendant. Son revenu mensuel est de 5'600 fr., allocations familiales non comprises.

La maison qu'il occupe à [...] n'est grevée d'aucune hypothèque. Il a produit plusieurs factures relatives aux charges de la maison (ramonage, assurance-incendie, mazout, impôt foncier, taxe d'épuration et déchetterie) correspondant à une moyenne de 570 fr. par mois. Afin de tenir compte d'autres frais, par exemple de réparation et d'entretien, les frais de logement sont estimés à 800 fr. par mois. A.W._____ est en train de faire construire une autre maison à côté du logement familial.

Les charges incompressibles de A.W._____ sont les suivantes :

	fr.
- base mensuelle pour un adulte vivant seul	1'200
- base mensuelle C.W._____ et D.W._____ (2 x 300 fr.)	600
- droit de visite E.W._____ et F.W._____	150
- frais de logement, chauffage compris	800
- assurance-maladie	<u>193</u>
Total	2'943

Son solde disponible est ainsi de 2'657 fr. (5'600 fr. - 2'943 fr.).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles sont assimilées aux mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) (Colombini, JT 2013 III 131 n. 6a et les réf.), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales, l'appel est recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions

d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf.).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement les faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43).

En l'espèce, la décision de répartition du 20 août 2013 de l'Office d'impôt du district du Jura - Nord vaudois produite par l'intimée aurait pu l'être en première instance, de sorte qu'elle est irrecevable.

3. a) A.W._____, non assisté par un mandataire professionnel, a sommairement motivé son appel. Il revendique la garde sur les enfants C.W._____ et D.W._____, à la place du large droit de visite accordé par le premier juge (une semaine sur deux), en faisant valoir que ceux-ci « passent déjà tous les soirs de la semaine avec moi ». Il sollicite également une modification des modalités du droit de visite en ce sens que chacun des parents effectue un trajet pour aller chercher et ramener les enfants. Enfin, il conteste la quotité de la contribution d'entretien en corrigeant certaines charges en fonction de la garde qu'il revendique sur les deux aînés et en ajoutant des frais de logement plus élevés.

b) Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé. Cela signifie que l'appelant a le fardeau d'expliquer les motifs pour lesquels le

jugement attaqué doit être annulé et modifié. La maxime inquisitoire et la maxime d'office ne dispensent pas l'appelant de motiver correctement (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 311 CPC).

Aux termes de l'art. 316 CPC, l'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces (al. 1). Elle peut ordonner un deuxième échange d'écritures (al. 2). Elle peut administrer des preuves (al. 3). Cette dernière hypothèse survient lorsque l'instance d'appel estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve et d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou d'instruire à raison de conclusions et/ou faits nouveaux (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 316 CPC et les réf.).

c) En l'espèce, l'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves, l'autorité d'appel pouvant s'abstenir de procéder à une telle réouverture si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Certes, le litige porte notamment sur la situation des enfants, mais la seule allégation de l'appelant à cet égard, au demeurant non prouvée, est insuffisante pour remettre en cause l'appréciation de l'autorité de première instance, en l'absence qu'une quelconque motivation. Le raisonnement suivi par le premier juge se révèle convaincant et rien ne permet de supposer que l'attribution de la garde sur l'ensemble des enfants à la mère ne soit pas opportune. Au contraire, dès lors qu'il y a lieu de privilégier le maintien du modèle de mariage adopté par les époux du temps de la vie commune dans le but d'assurer aux enfants une stabilité et un développement harmonieux (Chaix, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; Juge délégué CACI 20 décembre 2011/411 ; Juge délégué CACI 3 juillet 2013/312), l'attribution de la garde à la mère doit être confirmée puisque c'est elle qui consacrait le plus de son temps à l'éducation et aux soins des enfants pendant que l'appelant s'occupait de l'exploitation de son domaine agricole et du développement de son patrimoine immobilier. A cela s'ajoute qu'on ne connaît pas les souhaits des enfants C.W. _____ et D.W. _____ puisque le père a prétendu qu'il n'avait pas voulu les

forcer à être auditionnés par le Président du Tribunal d'arrondissement. De surcroît, c'est le lieu de rappeler que ce n'est pas la volonté du père qui prime - et encore moins le principe d'une séparation « équitable » dont celui-ci se prévaut dans son procédé du 28 octobre 2013 en demandant la garde de deux enfants sur quatre (cf. jgt, p. 14) -, mais le bien des enfants, qui commande d'éviter de séparer la fratrie, afin de ne pas compromettre, sans raisons impérieuse, les liens d'affection qui unissent les enfants entre eux, ainsi que les bénéfices de l'éducation qu'ils ont reçue en commun (ATF 115 II 317 c. 2).

Dans la mesure où l'appelant n'obtient pas gain de cause sur la question de la garde des enfants, il convient de confirmer les charges retenues par le premier juge à cet égard, à savoir le minimum vital de 1'200 fr. pour l'appelant, les bases mensuelles de 300 fr. d'C.W. _____ et D.W. _____ pour chacun des parents compte tenu du droit de visite de l'appelant s'apparentant à une garde alternée et le paiement des primes d'assurance-maladie des quatre enfants par l'intimée. De jurisprudence constante, l'appelant continuera à aller chercher les enfants là où ils se trouvent et à les ramener auprès de leur mère lors de l'exercice de son droit de visite. Enfin, c'est sans aucune preuve que l'appelant fait valoir que les frais mensuels du logement familial sont de 1'800 fr. au lieu de 800 fr., étant précisé que la priorité doit être accordée au paiement des charges et à l'entretien de ce logement et non à la maison que l'appelant est en train de faire construire à proximité.

4. Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

Les conditions de l'art. 117 CPC étant réalisées, il y a lieu d'accorder à l'intimée B.W. _____ le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel avec effet rétroactif au 21 mars 2014, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et de l'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Matthieu Genillod. L'intimée est astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} mai 2014, à verser auprès du Service juridique et législatif, à Lausanne.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'appelant doit verser à l'intimée la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 al. 1 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; RSV 270.11.6]).

Pour le cas où cette somme ne pourrait pas être recouvrée (art. 122 al. 2 CPC), l'indemnité de Me Matthieu Genillod, conseil d'office de B.W._____ pour la procédure d'appel, est arrêtée à 1'224 fr. 70, comprenant un défraiement de 1'125 fr. (correspondant à 6 h 15 de travail), des débours de 9 fr. et la TVA sur ces montants par 90 fr. 70 (art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]).

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement de l'indemnité à son conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,

le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,

prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. La demande d'assistance judiciaire de B.W._____ est admise, Me Matthieu Genillod étant désigné conseil d'office avec effet rétroactif au 21 mars 2014 pour la procédure d'appel et B.W._____ étant astreinte à payer une franchise

mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} mai 2014, à verser auprès du Service juridique et législatif, à Lausanne.

- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant A.W._____.
- V.** L'appelant A.W._____ doit verser à l'intimée B.W._____ une indemnité de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VI.** L'indemnité de Me Matthieu Genillod, conseil d'office de B.W._____, est arrêtée à 1'244 fr. 70 (mille deux cent quarante-quatre francs et septante centimes), TVA et débours compris.
- VII.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement de l'indemnité à son conseil d'office mise à la charge de l'Etat.
- VIII.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- A.W._____
- Me Matthieu Genillod (pour B.W._____)

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois

La greffière :